

## CAPÍTULO XXII.

SUMARIO.—De los contratos principales, consensuales, conmutativos. (Continuación.)—4.º DE LA DONACIÓN.

ART. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del concepto de la donación INTER VIVOS.—1. Etimología de la palabra donación.—2. Definición de la donación.—3. Lugar que á la donación corresponde en el plan orgánico del Derecho civil.—4. La donación *mortis causa* y la *inter vivos*, y su concepto diferencial.—5. La donación *inter vivos* es un verdadero contrato.—6. La donación *propria* ó *simple* y la *impropia* ó *remuneratoria*.—7. La donación en Roma.—8. La donación en España: la *Lex Romana Visigothorum*.—9. Antiguo Derecho germánico.—10. El Edicto de Eurico (fragmentos de Holkham).—11. El Código de Recaredo (fragmentos del palimpsesto de San Germán).—12. El *Forum Judicum*.—13. Las *Fórmulas visigóticas*.—14. Las *Leyes del Estilo*.—15. El *Fuero Real*.—16. Las *Partidas*.—17. *Nueva y Novísima Recopilación*.—18. A. Elementos personales. a. Capacidad activa; personas que pueden donar; regla general y excepciones (incapacidades absolutas y relativas). b. Capacidad pasiva; personas á quienes se puede donar; principio general y especialidades. c. Época en que deben existir la capacidad activa y pasiva de los contrayentes por donación *inter vivos*.—19. B. Elementos reales; regla general y limitaciones legales.—20. C. Elementos formales; reglas de Derecho.—21. Clasificación de sus efectos. A. Efectos jurídicos en general; reglas de Derecho. B. Efectos jurídicos en caso de revocación de donaciones; reglas de Derecho.—22. A. Cumplimiento extrajudicial.—23. B. Cumplimiento judicial.—24. Donaciones de que se trata en el *Derecho de familia*.—25. Otras donaciones que no son de este lugar.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil*.—26. Concepto del contrato de donación *inter vivos*.—27. Especies de la donación.—28. Perfección del contrato de donación *inter vivos*.—29. Elementos personales.—30. Elementos reales.—31. Elementos formales.—32. Contenido del contrato de donación *inter vivos*.—33. Extinción del contrato de donación *inter vivos*.

ART. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto*.—34. Concepto de la donación.—35. Especies de la donación.—36. Perfección de la donación.—37. Elementos personales.—38. Elementos reales.—39. Elementos formales.—40. Contenido de la donación.—41. Extinción de la donación.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil*.—42. Concepto de la donación.—43. Especies de la donación.—44. Elementos formales de la donación.—45. Contenido de la donación.

§ 3.º *Explicación*.—46. Razón de plan.—47. Concepto legal de la donación.—48. Donaciones *inter vivos* y *mortis causa*.—49. Perfección del contrato de donación.—50. Elementos personales.—51. Elementos reales.—52. Elementos formales.—53. Contenido de la donación: limitaciones.—54. Revocación de las donaciones: sus causas y efectos.—55. Reducción de las donaciones.

### ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

#### § 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de la DONACIÓN INTER VIVOS.

1. En su más amplio sentido, la palabra *donación* expresa en el Derecho la misma idea á que responde su concepto léxico-etimológico. En efecto: la palabra donación viene de la latina *domine* y del supino *datum* del verbo *do, das*. Así dice Paulo (1) «*Donatio dicta est a dono, quasi dono datum*», y en los *Vaticana Fragmenta* (2) se determina el hecho de la donación con frases como las siguientes: «*dono res data est*»; «*res tibi dono dedit*»; «*proprietatem dono dedisti*». «Estas palabras *dono, dare*, dice Ortolán (3), tienen cada una un sentido riguroso y de derecho; la segunda, *dare*, indica que la cosa se transfiere en propiedad, y la primera, *dono*, que esto se hace gratuitamente y por pura liberalidad (4)».

2. Partiendo de esta doctrina, el Rey Sabio definió la donación (5) «*es bien fecho que nasce de nobleza de bondad de corazon quando es fecha sin ninguna premia*», y Gregorio López, en su glosa, «*est beneficium ex cordis nobilitate procedens, quando ex libera voluntate fit*».

Es, pues, la donación un acto, una espontánea manifestación de la liberalidad de una persona, y su causa está en esa misma liberalidad; pues, como dice Juliano (6), «*propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat*». Así es que, al consi-

(1) L. 35, 1.ª Dig., *De mortis causa donationibus et capionibus*.

(2) *Fragmenta Juris Romani Vaticana*, §§ 275, 281 y 283.—V. la edición de Huschke en su obra *Jurisprudentiæ antejustinianæ que supersunt*. Leipzig, 1879, págs. 688-796.

(3) *Explicación histórica de las Instituciones del E. Justiniano*, edición española de 1847. Tom. I, pág. 641.

(4) No debe olvidarse la distinción que los juriconsultos romanos establecen entre *donum* y *munus*. Dice Ulpiano (L. 194 D. *De verb. signif.*): *Inter donum et munus hoc interest, quod inter genus et speciem: nam munus esse donum cum causa, ut puta natalicium, nuptalicium*. Y añade Marciano (L. 214 D. *De verb. signif.*): *Munus proprie est, quod necessarie obimus, lege, more, imperio eius, qui jubendi habet potestatem. Dona autem proprie sunt, quæ nulla necessitate juris, officii, sed sponte præstantur: quæ si non præstantur, nulla reprehensio est; et si præstantur plerumque laus inest. Sed in summa in hoc ventum est, ut non quodamque munus, id et donum accipiatur: at quod donum fuerit, id munus recte dicatur*.

(5) L. 1.ª, tit. 4.º, Part. V.

(6) L. 1.ª Dig., *De donationibus*.

derar la donación como un *contrato*, se la ha incluido, por una parte, entre los unilaterales, y por otra, entre los llamados de beneficencia. Resumiendo estos datos podemos definir, en general, la donación diciendo, que es «un acto de liberalidad en virtud del que una persona que se llama donante, transfiere á otra que se llama donatario derechos que le corresponden sobre determinadas cosas». Decimos que es un acto de liberalidad, porque si hay donaciones, como las *inter vivos*, que pueden y deben ser consideradas como *contratos*, hay en cambio otras, como las *mortis causa*, que son *actos de última voluntad* en íntima relación con los legados; y no limitamos la donación á la *transferencia de la propiedad*, como generalmente se hace por los tratadistas, porque bien pueden donarse *otros derechos*, siempre que tengan el carácter de *patrimoniales*, entendida esta palabra en su más amplio y general sentido.

3. Nada tiene, pues, de extraño que los tratadistas discrepen al determinar el lugar que á la donación corresponde en el plan orgánico del Derecho civil. Así vemos que, mientras los autores de las *Instituciones Justinianeas* colocan la donación entre los *modos de adquirir* (1), no faltan escritores que las estudian en el tratado de la *sucesión* (2) ó en el del *Derecho de obligaciones* (3). Sin negar que en cierto sentido pueda considerarse la donación como *modo de adquirir*, sobre todo en el antiguo Derecho romano, hay que reconocer que si existen donaciones, como las *inter vivos*, que encajan perfectamente dentro del sistema del *Derecho de la contratación*, hay otras, como las *mortis causa*, «especie de monstruo, dice Goyena, entre los contratos y las últimas voluntades», que tienen su puesto y lugar en el *Derecho de sucesión por causa de muerte*. He aquí por qué concretamos en este punto nuestro estudio á las donaciones *inter vivos* (4).

4. Mas al fijar su concepto, necesario es ponerlo en relación con el de las donaciones *mortis causa*, pues con frecuencia se lleva el sentido vulgar á la doctrina científica, y se convierten en donaciones *mortis causa* muchas que ante la ley deben ser calificadas de *inter vivos*.

El sentido vulgar distingue la donación *mortis causa* de la *inter vivos*, atendiendo al hecho de cumplirse ó entregarse la cosa donada durante la vida ó después de la muerte del donante. Mas el criterio legal es otro, y puede haber donaciones que, debiendo cumplirse des-

(1) *Est et aliud genus acquisitionis, donatio*. Tít. 7.º, lib. II. — Navarro Amandi, ob. cit.—Código civil, tít. 2.º, lib. III.

(2) Acollas, ob. cit.

(3) *Febrero reformado* por García Goyena y Aguirre. Edic. de 1841.

(4) El mismo método adoptan los Sres. La Serna y Montalván, ob. cit., y Gutiérrez Fernández, ob. cit.

pues de la muerte del que dona, merecen, no obstante, en el Derecho positivo, la calificación de *inter vivos* ó que, entregándose la cosa donada en vida del donante deben, sin embargo, ser incluidas entre las *mortis causa*.

La ley 6.ª, tít. 12, lib. III del Fuero Real, que es la 1.ª, tít. 7.º, lib. X de la Nov. Rec., y las leyes del tít. 4.º de la Part. V, especialmente la 11, fijan claramente la distinción que en nuestro Derecho debe hacerse entre ambas clases de donación. Dice la ley del Fuero Real: «donaciones facen fe en dos maneras: ó por manda en razon de muerte, ó en sanidad sin manda», y la ley 11 del tít. y Part. citadas, se expresa en estos términos: «A las vegadas facen los omes donaciones estando cuytados en enfermedades ó teniendo otros peligros de que non cuydavan estorcer: é dezimos que la donacion que ome faze de su voluntad temiéndose de la muerte ó de otro peligro que vale.»

He aquí la primera nota legal que caracteriza y distingue estas dos clases de donación. La una que se haga en sanidad; la otra estando enfermo en peligro de muerte ó por temor á ésta.

Mas á esta nota debemos añadir otra: la *revocabilidad*. La donación *inter vivos* es por su naturaleza *irrevocable*, y si en ciertos casos sobreviene la revocación, es como elemento excepcional; por el contrario, la donación *mortis causa* se caracteriza por su revocabilidad (1). Así dice la ley de Partida (2); pero tal donación *mortis causa* «puede ser revocada en tres maneras. La primera es si se muere ante aquel á quien es fecha que el otro que la fizo. La segunda es si aquel que fizo guaresce de aquella enfermedad ó estuerce de aquel peligro porque se movía á hacer la donacion. La tercera es si se arrepiente antes que muera.» Ahora bien: si se comparan estas causas de revocación con las que se dan en la donación *inter vivos*—por no cumplir el donatario las condiciones del contrato, por ingratitude del donatario y por haber sobrevenido hijos al donante,—se observa con cuánta verdad hemos dicho que la *revocabilidad* responde á la naturaleza de las primeras, y que es elemento excepcional en las segundas.

Resumiendo, pues, podemos definir la donación *mortis causa* diciendo que es «aquella que con carácter revocable hace una persona estando enferma, á aunque sana, por consideración ó recelo de muerte»; y donación *inter vivos* «aquella que con carácter irrevocable hace una persona, sin consideración á la muerte, á otra persona que la acepta».

Dedúcese de aquí que no deja de ser donación *inter vivos* aquella en la que se determina que las cosas donadas no se entreguen hasta des-

(1) L. 6.ª, tít. 12, lib. III F. R., que es la 1.ª, tít. 7.º, lib. X Nov. Rec.

(2) 11, tít. y Part. cits.

pués de la muerte del donante y aunque éste diga *que dona para después de ella*, porque lo hace, dice Febrero, «no para que sea donación por causa de muerte, sino para señalar cuándo quiere que se den las cosas donadas, así como prometiendo uno que dará cuando muera ó después de su muerte, la estipulación es desde luego perfecta é irrevocable, aunque no se podrá pedir lo prometido hasta después de la muerte del promitente».

Sin embargo, debemos reconocer que en esta oposición entre el sentido vulgar y el sentido legal no es este último el más conforme con las exigencias de razón, pues, como dice Ihering (1), «la liberalidad que debe tener efecto después de la muerte del donante, es psicológicamente muy diversa de la que se realiza entre los vivos. Lo que uno da en vida, lo sacrifica, lo sustrae á su patrimonio; lo que da por acto de última voluntad, lo da porque no lo puede guardar para sí; ó por mejor decir, no lo da, lo deja porque no puede llevarlo consigo».

5. Es punto sujeto á importante controversia el relativo á la calificación jurídica de la donación *inter vivos*. ¿Es la donación un contrato, ó constituye más bien un acto unilateral? El proyecto del Código napoleónico declaraba que «la donación *inter vivos* es un contrato, por el cual», etc.; mas Bonaparte, en la discusión ante el Consejo de Estado, exigió que la redacción se modificase, porque decía: «El contrato impone cargas mutuas á los dos contratantes y, por tanto, esta expresión contrato no puede convenir á la donación.» Prevalció la opinión del primer Cónsul, y la palabra *acto* vino á sustituir á la de *contrato* (2).

Prescindiendo aquí de la teoría sobre la contratación que supone el argumento del primer Cónsul, y de que, dadas las últimas palabras de la definición que se discutía, la cuestión se resuelve en sentido contrario, pues que la aceptación del donatario implica siempre la idea de contrato, debemos reconocer que la donación, como un acto de pura liberalidad en su origen, es por completo independiente del consentimiento de aquel en cuyo provecho se ejerce. Mas si puede tener el acto independiente existencia jurídica por la sola voluntad del donante, y si bajo este punto de vista, en su origen, la donación, como consecuencia del derecho que tenemos á disponer de lo que es nuestro, es única y exclusivamente un acto de nuestra libérrima voluntad, sin tener para nada

(1) Zweck im Recht, I, pág. 280.

(2) Art. 894 Cód. francés: «La donation entre-vifs est un acte par le quel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.»

en cuenta el consentimiento del donatario, y en este sentido hemos considerado la donación en general al determinar su naturaleza, no se puede tampoco desconocer que para que esa donación se haga efectiva y produzca el resultado jurídico para que se ha creado, necesario es que el donatario la acepte, pues nadie nos puede obligar contra nuestra voluntad á recibir dones de cualquier género que sean, y una vez concurriendo las dos voluntades de donante y donatario por la aceptación, ese acto unilateral viene á convertirse en una relación contractual, y la donación, de simple acto de beneficencia ó liberalidad, transfórmase en un verdadero contrato.

He aquí por qué, al concretar en una definición nuestro concepto de la donación *inter vivos*, hemos exigido el requisito de la aceptación del donatario.

En cuanto á la determinación de la clase de contratos á que la donación pertenece, diremos que la donación es un contrato *principal*, porque tiene existencia por sí, sin dependencia ni subordinación de otro alguno; que es *consensual*, porque se perfecciona por el mero consentimiento, es decir, por la aceptación del donatario, constituyendo únicamente antes de la concurrencia de este requisito una simple *promesa* de donación, y que es *unilateral*, pues de él nace únicamente un solo derecho, una sola obligación y una sola acción, y cada una de las partes contratantes tiene exclusivamente el carácter de deudor ó de acreedor, sin que lo sean recíprocamente.

De la doctrina expuesta se deduce: 1.º Que la donación *inter vivos*, por su naturaleza, es un contrato gratuito ó de beneficencia. 2.º Que la donación *inter vivos*, para ser contrato, requiere la aceptación del donatario. 3.º Que la donación *inter vivos* ha de hacerse sin consideración ó temor á la muerte ni á otro peligro alguno. Y 4.º Que la donación *inter vivos* es por su naturaleza generalmente *irrevocable*.

6. La donación *inter vivos* se ha clasificado por los tratadistas en *propia é impropia*, *simple* y *remuneratoria*, compenetrándose estos términos á tal extremo de llegar á hacer algunos sinónimas las palabras *propia* y *simple é impropia* y *remuneratoria*.

Juliano (1) sienta las bases de esta división en los siguientes términos: «*Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercéat; haec proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquis secutum fuerit; non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub*

(1) L. 1.ª Dig., *De donationibus*.

*conditione est.*» Es decir, que, según el juriconsulto romano, se llama donación *impropia* á toda donación condicional.

Con esta doctrina de Juliano coincide en el fondo nuestro clásico Febrero al definir la donación imperfecta, diciendo que es «la que se hace con causa ó bajo cierto modo ó condición, como la dote, las arras, la remuneratoria», etc. Las Partidas, al fijar la causa de la donación (1) diciendo «que se hace por gracias ó por bondad de aquel que lo da, ó por merecimiento de aquel que lo rescibe», parece como que indican la clasificación de las donaciones en *simples* y *remuneratorias*.

Mas si la existencia de una condición en un contrato no puede en modo alguno llevar á éste la calificación de impropio ó imperfecto, y, por tanto, no puede admitirse en buenos principios esta clasificación de las donaciones en propias é impropias, atendiendo á la existencia ó no del elemento accidental de la condición, debemos también reconocer que si el carácter de remuneratorias es el que se presenta como fundamento de la división, muy pocas donaciones podrían merecer el título de propias, pues la causa impulsiva de la liberalidad, esencia de la donación, suele ser casi siempre el deseo de premiar servicios ó favores que se han recibido. Esto no obstante, de admitir esta clasificación de las donaciones, es más lógico fundarla en este último principio, pues además de tener el apoyo de la ley de Partida—*por bondad de aquel que lo da, ó por merecimiento de aquel que lo rescibe*,—nadie puede negar la posibilidad de la existencia de donaciones en las que la idea de remuneración no puede encontrarse, y en las que la liberalidad no tiene más impulso que el bien hacer ó la amistad, el amor, etc. En este sentido, pues, podemos decir que las donaciones son *propias* ó *simples*, é *impropias* ó *remuneratorias*.

7. La donación en su origen, como una simple transferencia de la propiedad por causa de beneficencia, realizábase en el Derecho romano por la *mancipatio* ó la *cessio in jure*, para las cosas *mancipi* y por la sola tradición para las cosas *nec Mancipi*.

La ley *Cincia* (550 de Roma) reglamentó con sumo cuidado las diferentes clases de donación, atendiendo á las personas y á los bienes (2); el uso y las Constituciones imperiales reconocieron fuerza obligatoria á las promesas de donación, y Justiniano determinó que una vez perfectas no pudieran revocarse sin motivo, considerándose como tales cuando el donante ha manifestado su voluntad, ya por escrito, ya sin escrito.

(1) Proemio del tit. 4.º de la Part. V.

(2) V. *Fragmenta Juris Romani Vaticana*. «De donationibus ad legem Cinciam», párrafo 260 al 316; Huschke, ob. cit., págs. 770 á 789.

«*Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit.*»

Las Constituciones imperiales exigieron la insinuación por actos públicos de las donaciones que excedieran de 200 sólidos, cantidad que Justiniano hizo subir á 500, exceptuando de este requisito ciertas donaciones, como son las hechas por el Emperador ó al Emperador para el rescate de cautivos ó para la reconstrucción de edificios.

En cuanto á las causas de revocación, Constantino estableció la de sobrevenir hijos al donante para las donaciones de la totalidad ó de parte alicuota de los bienes, hechas por un patrono á sus libertos; Justiniano amplió á todas las donaciones la causa de revocación por ingratitud, que hasta entonces aplicábase tan sólo á las hechas por los ascendientes ó sus descendientes, y se admitió el caso de incumplimiento de la condición cuando éste fuese posible é interesase al donante ó á un tercero.

8. En los monumentos legales de nuestro Derecho, la donación *inter vivos* ha sido cuidadosamente reglamentada.

La *Lex Romana Visigothorum* (Breviario de Aniano) reproduce el Derecho contenido en el *Código Teodosiano* y en las *Sentencias* de Paulo (1), y en la *Interpretatio Visigothica* modifica la doctrina romana, estableciendo que las donaciones deban insinuarse ante la Curia: *Gesta vero donationum aut apud judicem aut apud Curiam alleganda sunt* (2).

9. No faltan tampoco disposiciones respecto á la donación *inter vivos* en los otros Códigos de la España visigoda, y en ellas nótase el predominio del Derecho romano sobre la doctrina del antiguo Derecho germánico.

Tácito nos dice que los germanos amaban los regalos, mas ni el que le hacía ni el que le recibía se entendían ligados por vínculo obligatorio: *Gaudent muneribus, sed nec data imputant nec acceptis obligantur*.

En el antiguo Derecho germano puede decirse que no se concebía la idea de un acto de liberalidad sin otro de correspondencia.

Introducido el contrato de *préstamo*, que entre los germanos comprendía á la vez el *mutuo* y el *comodato* del Derecho romano, se originó la costumbre, para remunerar servicios principalmente, de prestar

(1) Los títulos 12 y 13 del lib. VIII del *Código Teodosiano* se trasladan con algunas supresiones á la *Lex Romana Visigothorum*, en la que constituyen los títulos 5.º y 6.º del lib. VIII de la transcripción que en ella hicieron los juriconsultos alaricianos del *Codex Theodosianus*.

En cuanto á las *Sentencias* de Paulo, véase el título *De donationibus*, 12 del lib. V.

(2) Interpretación á la L. 1.ª, tit. 5.º, lib. VIII del *Código Teodosiano*, en el Breviario de Aniano.

en algunos casos una cosa sin determinar la época de su restitución, y esté contrato, muy semejante al antiguo *precario* romano, fué concebido como una *donación*.

De aquí que en el antiguo Derecho germano la donación, por su esencia, constituía una deuda del donatario, un verdadero contrato oneroso, dando lugar á una acción semejante á la del préstamo, con el cual en ocasiones se confundía; y como, á veces, cuando se pedía la restitución de la cosa donada ésta ya había perecido, la acción se dirigía á obtener el equivalente de ella, y este equivalente es lo que se llamó *launegildo* entre los francos y longobardos, y *vicissitudo* entre los godos.

Ahora bien; si éste en un principio fué por su naturaleza una cosa igual en valor á la donada, con el tiempo fué perdiendo ése su primitivo carácter, para convertirse en una prestación más aparente que real, sin otro objeto que dar á la donación el aspecto de un contrato oneroso.

10. Que este concepto de la donación imperó en las costumbres visigóticas, y que cedió, por último, su puesto á la doctrina romana, nos lo prueban los fragmentos de una *Lex Visigothorum* descubiertos en 1886 por Augusto Gaudenzi en una colección anónima de fines del siglo IX, existente hoy en la Biblioteca de Holkham (Inglaterra), y que, en opinión del docto profesor italiano, pertenecen al Código de Tolosa ó Edicto de Eurico (1).

(1) Gaudenzi, *Un'antica compilazione di diritto Romano e Visigoto con alcuni frammenti delle leggi di Eurico, tratta da un manoscrito della Biblioteca di Holkham*. Bologna, 1886.

Constituyen estos fragmentos catorce capítulos, que indudablemente son de Derecho visigótico y que, en íntima relación con el Edicto de Teodorico, rey de los ostrogodos, representan para Gaudenzi un estado de Derecho anterior al que responden los fragmentos de una *Lex Visigothorum* descubiertos por los maurinos de San Germán y publicados por Bluhme en 1847. Gaudenzi considera que los fragmentos por él descubiertos formaron parte del Edicto de Eurico, apoyando esta opinión con poderosos razonamientos.

Sin embargo, Schupfer, Chiappelli, Pateta y otros varios escritores italianos sostienen el origen ostrogodo de esta colección; y si bien la mayoría de los modernos historiadores del Derecho convienen con Gaudenzi en considerar esos catorce capítulos como pertenecientes al Derecho visigodo, los más rechazan la doctrina del erudito profesor de Bolonia, y ven en ellos ya fragmentos de una compilación de carácter privado y posterior á la *Lex Visigothorum* contenida en el palimpsesto de San Germán (Schmidt), ya parte integrante de un edicto promulgado en la Septimania por un lugarteniente de Leovigildo (Zeumer).

Al propio tiempo, los modernos historiadores alemanes, siguiendo el camino trazado por Brunner y Zeumer, combaten duramente la opinión tan generalizada de Bluhme acerca del palimpsesto de San Germán (hoy de París), y ven en los interesantes fragmentos contenidos en ese precioso manuscrito restos del antiguo Código de Eurico, coincidiendo de esta manera con el primitivo juicio emitido por los maurinos y con la doctrina mantenida por los escritores españoles.

En efecto: antes de publicarse la ley de que estos fragmentos formaron parte, enfrente de la doctrina romana, que regulaba la donación en el Derecho privado de los vencidos hispano-romanos, vivía en el Derecho consuetudinario de los vencedores visigodos el concepto que de la donación daba el antiguo derecho germánico.

El legislador deroga esta costumbre visigótica, aceptando la doctrina romana en los siguientes términos: «*Si quis donaverit aliquid alio homini peculium suum aut aurum; sive argentum; aes aut ornamentum; mancipia aut de peculio aliquid; NON REQUIRAT POSTEA QUOD DONAVIT, NEQUE VICISSITUDINEM REQUIRAT; NISI QUOD ILLE SUA VOLUNTATE RETRIBUERE VOLUERIT. Habeat tamen testes duo aut tres ingenuos; testantes quod illum non impromutuaverit sed donaverit. Si autem donator ille mortuus fuerit, hæredes illius non repetat quod donatum est. Et sinon habuerit testes ingenuos qui ibidem presentes fuerunt in ipsa donatione, restituat ei quod ille promutuavit*» (1).

Como se observa, esta disposición tiende á sustituir el concepto romano de la donación al concepto bárbaro; mas deja subsistentes algunos vestigios de la antigua costumbre germánica cuando dice, refiriéndose al donatario, «*nisi quod ille sua voluntate retribuere voluerit*», conservando de esta manera el *launegildo* ó *vicissitudo* en la donación de cosas muebles.

En cuanto á las solemnidades necesarias para la validez de esta clase de donaciones, nótese por el texto transcrito que el Edicto de que forma parte requería la presencia de dos ó tres testigos ingenuos, presentes al acto de la tradición, que aseverasen que se quiso donar y no dar en préstamo.

Respecto á la donación de bienes inmuebles, el capítulo siguiente exige que se haga por escrito con la asistencia de tres testigos; y si el donante y testigos no supieren firmar, cada uno de su pro-

(1) Cap. XIV de los fragmentos de Holkham.—La expresa derogación del antiguo Derecho germánico que en este capítulo se observa, constituye una concluyente prueba de la antigüedad de la colección de que éste formó parte. Ni en el *Antiqua*, ni en los fragmentos de Bluhme, atribuidos por unos á Eurico y por otros á Recaredo, se encuentra disposición análoga; antes por el contrario, los textos de sus leyes suponen que ya no existía la antigua costumbre germánica del *launegildo* ó *vicissitudo*, que aquí expresamente se deroga. ¿Cómo es posible, pues, atribuir estos fragmentos de Holkham á una colección posterior á Recaredo, como pretende el Sr. Hinojosa? (*Historia del Derecho Español*, t. I, pág. 361.) Esta disposición supone: 1.º que la colección de que formó parte era relativa al Derecho de los vencedores, pues deroga una antigua prescripción de Derecho germano; y 2.º que esa colección es anterior á Recaredo y de los primeros tiempos en que los visigodos iban aceptando los conceptos jurídicos de la legislación de los vencidos.

pia mano *faciat signum*, insinuándose la donación ante la curia (1).

11. En los fragmentos de una *Lex visigothorum* descubiertos por los benedictinos de San Germán, los capítulos del CCCV al CCCXIX refiérense á las donaciones, comprendiendo también las eclesiásticas, las reales, las hechas á los bucelarios y sayones, y por el marido á su mujer, y corresponden, con algunas variantes, á las leyes del *Forum Judicum* que tratan de la misma materia (2).

12. En el *Forum Judicum*, el tít. 2.º del lib. v contiene siete leyes relativas á las donaciones en general, á las donaciones reales y á las donaciones entre marido y mujer; el tít. 3.º del mismo libro se ocupa de las donaciones hechas por los patronos á sayones y bucelarios, y en el tít. 1.º se regulan las donaciones eclesiásticas.

Prescindiendo de detalles y concretándonos á las donaciones en general, observaremos tan sólo que en este Código es pleno el predominio del concepto romano de la donación, estableciendo los principios de espontaneidad en el acto y de irrevocabilidad en lo que se refiera á la transmisión de las cosas donadas *inter vivos* (3) y que se prescinde de la insinua-

(1) Cap. xv de los fragmentos de Holkham, que dice así: «*Si quis domum aut villam alio donaverit, hoc quod donavit; per donationis chartulam firmet; ita ut in ea donatione ipse donator propria manu subscribat; et ipsa donatio non minus tribus testibus roboretur. Si autem ipse donator et testes litteras nesciunt, unusquisque signum propria manu faciat: et donatio ipsa ante curiales deferatur. Quod si in civitate eadem curiales non possum inveniri, ad aliam civitatem ubi inveniantur deferatur.*»

(2) Bluhme, *Recaredi, Visigothorum Regis, antiqua legum collectio*, págs. 24 á 33 y 46, y Zeumer, *Leges visigothorum antiquiores*, Hannoveræ, 1894, págs. 11 á 14. Dado el orden de estos fragmentos, que se encuentran clasificados en títulos, no es muy atrevido suponer que en el cap. CCCV debió existir la rúbrica «*Tit. de donationibus*», pues así parece autorizarlo el hallarse agrupados todos estos capítulos referentes á la donación entre los títulos *De venditionibus* y *De successionibus*. He aquí las concordancias de estos capítulos con las leyes del lib. v del *Liber iudiciorum* ó *Lex visigothorum Recessvindiana* (edición de Zeumer):

Cap. CCCV.....	L. 2.ª, tít. 2.º
Cap. CCCVI.....	LL. 3.ª y 4.ª, tít. 2.º
Cap. CCCVII.....	L. 7.ª, tít. 2.º
Cap. CCCVIII.....	L. 6.ª, tít. 2.º
Cap. CCCIX.....	L. 1.ª, tít. 2.º
Cap. CCCX.....	L. 1.ª, tít. 3.º
Cap. CCCXI.....	L. 2.ª, tít. 3.º
Cap. CCCXII.....	L. 20, tít. 4.º
Cap. CCCXIX.....	L. 5.ª, tít. 2.º

Los caps. CCCXIII al CCCXVII no existen en el manuscrito, y del cap. CCCXVIII se conservan tan sólo algunos vestigios en cuatro líneas que no pueden ser leídas.

(3) L. 1.ª, tít. II, lib. v F. J. *Donatio quæ per vim et metum fuerit extorta, nullam*

ción ante la curia, sin duda por haber aumentado la dificultad de encontrar curiales.

13. Las *Fórmulas visigóticas*, recopiladas, según la opinión más aceptable, en tiempo del rey Sisebuto (615 al 620) y contenidas en el famoso *Codex Ovetensis*, presentan varios formularios de donación redactados bajo el criterio del concepto romano, sin que en ellos se encuentre la necesidad de la insinuación ante la curia (1).

14. Los *Fueros Municipales* guardan silencio respecto á las donaciones, mas son objeto de alguna de las decisiones de la Jurisprudencia castellana contenidas en las *Leyes del Estilo*, y son reglamentadas en el *Fuero Real* y en el Código de las *Siete Partidas*.

De las *Leyes del Estilo*, únicamente dos refiérense á las donaciones: la 208 y la 212. Trata la primera del caso en que uno haga donación á otro *por quita de deuda*, bajo condición de que tal donación la haga á uno de los hijos del acreedor, y la ley dice: «*vale la condición y el donadio*»; y la segunda es uno de los antecedentes de las disposiciones prohibitivas que en la Nov. Rec. se encuentran, relativas á las donaciones hechas maliciosamente *por excusar los pechos*.

15. El *Fuero Real* desenvuelve la doctrina de las donaciones en el título 12 del lib. III, siguiendo la doctrina romana, estableciendo el concepto diferencial que ya hemos indicado entre la donación *mortis causa* y la *inter vivos*, fijando los caracteres de revocabilidad é irrevocabilidad que á una y á otra distinguen y prohibiendo las donaciones de todos los bienes *magüer que no haya hijos*.

16. El Código de las *Siete Partidas* dedica el tít. 4.º de la Part. V al estudio de las donaciones *inter vivos* y *mortis causa* siguiendo el Derecho romano y constituyendo el fondo del Derecho vigente antes del Código civil.

17. La *Nueva* y la *Novísima Recopilación*, prescindiendo de las numerosas leyes que dedican á las donaciones y mercedes reales, dictadas la mayor parte en los siglos xv y xvi (2), concretanse á reproducir la ley del *Fuero Real* (3), que determina el concepto diferencial de las dona-

*habeat firmitatem*. Y la ley 6.ª del mismo título y libro dice: *Res donate si in presentia testium tradite sunt nullo modo repetantur a donatore*, etc.

(1) V. Marichalar y Manrique, *Historia de la Legislación*, t. II; De Rozière, *Formules visigothiques inédites*. París, 1854.—Las fórmulas 7.ª, 8.ª, 9.ª y 10.ª son de donaciones á las iglesias; la 16, de donación entre marido y mujer; las 17 y 20, de donaciones *ante nuptias*, conteniendo esta última, notable por su forma, pues está escrita en exámetros, y por su fondo por revelarnos importantes costumbres visigóticas, además una constitución de dote; la 29, de donación á un hijo; la 30, de donación á una persona cualquiera, y la 31, de donación á un obispo.

(2) V. el tít. 10 del lib. v Nuev. Rec., y el 5.º del lib. III de la Nov. Rec.

(3) 6.ª, tít. 12 del lib. III F. R.